

ARTÍCULO DE INVESTIGACIÓN

La identificación de los pueblos indígenas en el Perú ¿Qué está sucediendo con el criterio de autoidentificación?

The identification of indigenous peoples in Peru. What about the self-identification criterion?

AMELIA ALVA-ARÉVALO

Universidad de Gante, Bélgica

RESUMEN Este artículo tiene como objetivo establecer que los parámetros legales para identificar a los pueblos indígenas limitan la aplicación del principio de autoidentificación en el Perú. Para ello, se examinan las normas internacionales sobre derechos humanos que consagran la autoidentificación como criterio fundamental. Luego, se explican los antecedentes de la terminología constitucional y legal sobre pueblos indígenas para tener una visión histórica sobre su tratamiento jurídico. Finalmente, como consecuencia de la aplicación de la Ley de Consulta Previa y considerando el contexto extractivo, se discutirán los primeros obstáculos que algunas comunidades han enfrentado para ser considerados pueblos indígenas.

PALABRAS CLAVE Pueblos indígenas; autoidentificación; Perú; consulta previa.

ABSTRACT This article aims to establish that the legal parameters to identify indigenous peoples in Peru limit the application of the self-identification principle. In order to achieve this objective, the international standards on human rights that enshrine the self-identification as a fundamental criterion are examined. Then, the background of the constitutional and legal terminology to refer to indigenous peoples in Peru is also explained in order to understand why this issue has become a critical one. Finally, as a consequence of the application of the Law of Prior Consultation and considering the extractive context, the first obstacles that some communities have faced to be considered as indigenous peoples will be discussed.

KEYWORDS Indigenous peoples; self-identification; Peru; prior consultation.

Introducción

Uno de los temas más discutidos en Perú se centra en la identidad. De hecho, identificar a la población indígena ha sido un desafío durante décadas. Según la Comisión Económica para América Latina y el Caribe, durante la década de 2000, mientras que otros países latinoamericanos incluyeron el criterio de autoidentificación en sus censos, Perú no lo hizo (Comisión Económica para América Latina y el Caribe, 2014, p. 42). En consecuencia, la inclusión de este criterio en el censo nacional de 2017 generó muchas expectativas, ya que facilitó la identificación de la población indígena. Los resultados de este censo ofrecen información sobre la composición étnica de la población peruana de 12 años y más. El cuestionario incorporó dos preguntas: una referida al idioma o lengua materna aprendida en la infancia y otra a través de la autoidentificación o autopercepción de la etnia. Los resultados muestran que entre las 23,196,391 personas de 12 años y más, 13,965.254 (es decir, 60.2%) se percibieron a sí mismas como mestizas; 5,176.809 (es decir, 22.3%) como quechua; 1,366,931 (es decir, 5.9%) como blanco; 828.841 (es decir, 3.6%) como afrodescendiente; y 548.292 (es decir, 2.4%) como aimara. Además, 79.266 personas se consideraban nativas o del Amazonas, 55.489 personas como asháninka; 37.690 como awajún; 25.222 como shipibo konibo y 49.838 como parte de otro pueblo indígena [de la costa y sierra] (Instituto Nacional de Estadística e Informática, 2018). Una suma total de 2,107,239 de los mayores de 12 años se identificaron como parte de un pueblo indígena (Instituto Nacional de Estadística e Informática, 2018).

Es importante aclarar que la identificación de la población indígena a través de censos responde a una evaluación individual de pertenencia a uno de los grupos étnicos. Este artículo explicará los criterios legales utilizados para identificar una comunidad o grupo como un "pueblo indígena", y, principalmente, cuál es la función del criterio de autoidentificación. La primera parte presentará las normas internacionales de derechos humanos sobre la identificación de los pueblos indígenas. La segunda parte demuestra que, en el Perú, las constituciones y la legislación han utilizado varios términos para referirse a ellas. La tercera parte tiene como objetivo explicar cómo la Ley de Consulta Previa unifica la identificación de los pueblos indígenas, y debilita la aplicación del criterio de autoidentificación. Y en la parte final, considerando el creciente interés en la explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas, se expondrán algunos actos del sector minero para demostrar que la legislación también se puede utilizar para obstaculizar los derechos indígenas.

Identificación bajo el Derecho Internacional de los Derechos Humanos

Establecer una definición de pueblos indígenas puede ser problemático con respecto a su diversidad cultural y procesos históricos. Por ejemplo, los grupos étnicos que viven en África o Asia son diferentes de los que viven en las Américas, especialmente en cuanto al criterio de prioridad en el tiempo (Kingsbury, 1998; Sanders, 1999). En las Américas de los siglos XVIII y XIX, el proceso de colonización y formación del estado significó para los pueblos indígenas la negación de derechos y un trato diferente al de los colonos europeos. África se enfrentó a otros problemas, a saber, la división de su territorio por países europeos que asumieron la administración de sus territorios y la protección de los nativos en forma de fideicomisos, según lo establecido en la Conferencia de Berlín (Anaya, 2010).

En este sentido, surgen desacuerdos sobre una definición universal de pueblos indígenas. La Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos ha sostenido que una sola definición no puede capturar las características de las poblaciones indígenas, pero "es más relevante y constructivo tratar de resaltar [sus] características principales" (African Commission on Human and Peoples' Rights, 2007). En esta línea, el ex Relator Especial de la ONU Estudio sobre los Tratados, Acuerdos y Otros Arreglos Constructivos entre Estados y Poblaciones Indígenas, declaró que en el contexto asiático y africano es más conveniente usar el término pueblos *minoritarios* en lugar de pueblos indígenas para referirse a aquellos que difieren del resto de la sociedad. En su opinión, la costumbre de entender a estas minorías como pueblos indígenas deriva principalmente del vacío en su tratamiento específico y la protección a nivel de las Naciones Unidas (Martínez, 1999, pp. 76-83). La ausencia de mecanismos de defensa ha llevado a estos grupos o minorías a ser llamados y tratados como indígenas, al menos hasta la creación del Grupo de Trabajo sobre Minorías de la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías dentro de las Naciones Unidas (Barume, 2010, p. 41; Desmet, 2011, pp. 80-81; Stavenhagen, 1985, p. 5)¹.

1. Sobre la diferencia de conceptos entre pueblos indígenas y minorías, Desmet señala que los criterios de prioridad en el tiempo y la conexión con el territorio pueden ser válidos para diferenciarlos en muchos casos, pero no en todos, y que el criterio fundamental de diferenciación debe estar contenido en la autoidentificación y en el reconocimiento de los derechos perseguidos por uno y el otro. En el caso de las minorías, se reclaman derechos individuales, mientras que los pueblos indígenas tienden a reclamar derechos colectivos. Mientras tanto, Stavenhagen argumenta que, en opinión de las Naciones Unidas, el principio de autodeterminación se aplica solo a los pueblos indígenas, pero no a las minorías. Además, los pueblos indígenas invocan a ser llamados como 'primeras naciones' para distanciarse de las minorías u otros grupos étnicos. En cuanto a la diferenciación de las minorías y los pueblos indígenas en África, Barume argumenta que entre las dos categorías se pueden encontrar básicamente dos diferencias: "Primero, los derechos de las minorías generalmente se enmarcan en términos individuales, mientras que los de los indígenas son, o deberían ser,

Sin embargo, es importante señalar que la construcción de una definición de pueblos indígenas ha sido un tema constante en el derecho internacional. La Organización Internacional del Trabajo (OIT) proporcionó una primera definición sobre pueblos indígenas en el Convenio sobre el reclutamiento de trabajadores indígenas, Convenio N° 50 de la OIT. Este instrumento provee un doble significado al término indígena: Indígena por origen e indígena por asimilación (artículo 2.b). En 1957, el Convenio sobre Poblaciones Indígenas y Tribales, Convenio N° 107 de la OIT, estableció que las poblaciones indígenas se diferencian debido a su historia de conquista o colonización (artículo 1). Destacando, de este modo, dos elementos para caracterizarlos: el carácter distintivo y el colonialismo (Daes, 1996).

En 1989, el Convenio N° 169 de la OIT introdujo el término "pueblo". Las organizaciones indígenas sostuvieron que este término armoniza con sus aspiraciones para el reconocimiento de su identidad colectiva, mientras que el término "poblaciones" (utilizado por el Convenio No. 107 de la OIT) implicaba simplemente una agrupación (International Labour Office, 1988). Intensas discusiones se generaron entre los Estados sobre la pertinencia de incluir el término "pueblos", que finalmente fue aceptado bajo las restricciones del artículo 1.3 (Anaya, 2005)². El artículo 1 del Convenio N° 169 de la OIT establece tres criterios objetivos y un criterio subjetivo para identificar a los pueblos indígenas. Los tres criterios objetivos se resumen en la continuidad histórica (marcada por la conquista o colonización o el asentamiento de las fronteras actuales); conexión territorial (sus antepasados habitaban el país) y la conservación total o parcial de sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas (son diferentes del resto de la sociedad). El criterio subjetivo es la autoidentificación. La autoidentificación tiene una "importancia fundamental" cada vez que un pueblo se reconoce o se ve a sí mismo como indígena o tribal o si una persona se identifica a sí misma como parte de este pueblo (International Labour Office, 2009).

Los criterios desarrollados en el Convenio N° 169 son muy similares a los ya propuestos en el Estudio del Problema de la Discriminación contra las Poblaciones Indígenas (Martínez, p. 1986). Este estudio indicó que la autoidentificación es el criterio crítico para identificar a los pueblos indígenas, mientras que los otros son indicativos. Se propusieron los siguientes tres criterios objetivos: (i) continuidad histórica en

redactados en términos colectivos (...). En segundo lugar, y quizás lo más importante, a diferencia de las minorías, los "indígenas" se caracterizan particularmente por su fuerte vínculo cultural con sus tierras, sin el cual no existirían como una entidad cultural y sus vidas estarían en un gran peligro".

2. Convenio N° 169 de la OIT, artículo 1.3: "La utilización del término pueblos en este Convenio no deberá interpretarse en el sentido de que tenga implicación alguna en lo que atañe a los derechos que pueda conferirse a dicho término en el derecho internacional."

los territorios que han sido invadidos y colonizados³; (ii) diferencia de otros sectores predominantes en la sociedad; y (iii) determinación para preservar, desarrollar y transmitir sus territorios ancestrales y su identidad étnica a las generaciones futuras, de acuerdo con sus patrones culturales, instituciones sociales y sistemas legales. Además, concluyó que una persona puede ser considerada miembro de un pueblo indígena si se cumplen los siguientes elementos subjetivos: (i) autoidentificación (como un proceso personal); y (ii) reconocimiento y aceptación por parte de los pueblos indígenas (como proceso social y cultural) (Martínez, 1986).

Finalmente, debe mencionarse que la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (DNUDPI) evita definir a los pueblos indígenas. Sobre este asunto, el artículo 33 establece que "los pueblos indígenas tienen derecho a determinar su propia identidad o permanencia conforme a sus costumbres y tradiciones". Es decir, lejos de proporcionar criterios objetivos, la DNUDPI se inclina por el criterio subjetivo de los pueblos indígenas para reconocerse como tales (Department of Economic and Social Affairs, 2009). En la misma línea, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido que los Estados no pueden determinar unilateralmente el nombre o la identidad étnica de las comunidades, pero deben respetar su autoidentificación como indígenas, ya que esto es una manifestación de su derecho a la autonomía, producto de su propio proceso social e histórico (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2010, p. 37).

Terminología legal y constitucional para identificar a los pueblos indígenas

Por primera vez y después de un siglo desde la creación de la república peruana, la constitución política de 1920 reconoció la existencia legal de las comunidades indígenas (artículo 58). Su incorporación al texto constitucional fue un paso adelante en el reconocimiento formal de sus derechos (Ballón, p. 2004), pero también fue una respuesta a las manifestaciones que habían tenido lugar en defensa de sus tierras pues también se reconoció su derecho a la propiedad comunal (artículo 41). Esta Constitución, prontamente reemplazada, sirvió para capturar una nueva visión sobre los "asuntos indígenas" que la Constitución de 1933 amplió al dedicar un capítulo entero a

3. Martínez Cobo afirmó que la continuidad histórica puede consistir en la continuación, durante un período prolongado hasta el presente, de uno o más de los siguientes factores: (a) Ocupación de tierras ancestrales, o al menos en parte de ellas; (b) ascendencia común con los ocupantes originales de estas tierras; (c) Cultura en general, o en manifestaciones específicas (como religión, vivir bajo un sistema tribal, pertenencia a una comunidad indígena, vestimenta, medios de vida, estilo de vida, etc.); (d) Idioma (ya sea que se use como el único idioma, como lengua materna, como el medio habitual de comunicación en el hogar o en la familia, o como el idioma principal, preferido, habitual, general o normal); e) Residencia en ciertas partes del país, o en ciertas regiones del mundo; f) Otros factores relevantes.

las comunidades indígenas (Capítulo IX, Artículos 207 - 231). La Constitución Política de 1933 también reconoció la existencia legal de las comunidades indígenas (artículo 207), garantizó la integridad de su propiedad comunal (artículo 208), estableció la propiedad comunal como imprescriptible, inalienable e inembargable (artículo 209) y sostuvo que el estado podía preferir adjudicar tierras a las comunidades indígenas que no tenían cantidades suficientes para las necesidades de su población, pudiendo expropiar tierras de propiedad privada para ese propósito (Artículo 211).

El término "comunidades indígenas" utilizado por ambas constituciones (1920 y 1933) solo se refería a los pueblos indígenas que vivían en la costa y en la sierra, no a los pueblos de la selva (Instituto Nacional de Estadística e Informática, 2014)⁴, que no habían sufrido la influencia del Imperio Inca ni de la colonia, y que eran considerados como salvajes (Remy, 2013). Solo en la década de 1970, se creó un registro de comunidades amazónicas que sirvió como instrumento de defensa de sus tierras contra las expropiaciones y la invasión de los colonos. En consecuencia, el período republicano no significó la incorporación inmediata de los pueblos indígenas de la Amazonía en el orden legal del estado (Remy, 2013).

La Constitución de 1979 confirmó la protección de la propiedad comunal al declarar que es imprescriptible, inalienable e inembargable (artículo 163); el reconocimiento de la existencia legal y el derecho a la autonomía de las comunidades campesinas y nativas en cuanto a su organización, trabajo comunitario y uso de la tierra (artículo 161). Los términos "comunidades campesinas y nativas" fueron introducidos de acuerdo a dos normas: (i) Ley N° 17716, Ley de Reforma Agraria, que reemplazó la denominación "comunidades indígenas" por "comunidades campesinas", y la (ii) Decreto Ley N° 22175, Ley de Comunidades Nativas de Promoción Agropecuaria de Regiones de la Selva y Ceja de Selva, que nombró a los pueblos indígenas como "comunidades nativas", en analogía con las comunidades campesinas de la sierra (Ludescher, 1997).

"Comunidad nativa" es un término legal utilizado para referirse a una unidad socioeconómica estable, vinculada a un territorio específico, con un tipo de asentamiento que puede ser nuclear o disperso. Se puede decir que dentro de cada grupo etnolingüístico pueden existir dos o más comunidades (Varesse, 2006). La Ley de Comunidades Nativas de Promoción Agropecuaria de Regiones de la Selva y Ceja de Selva define comunidades nativas como aquellos que tienen sus orígenes en grupos tribales de la selva y selva alta y que están compuestos por un grupo de familias

4. El territorio peruano se divide en tres grandes regiones naturales: la costa, la sierra y la selva. La costa es la región más pequeña pero más poblada. Cubre el 11,7% del territorio peruano y contiene el 52,6% de toda la población. La sierra representa el 28% de la superficie y el 38% de la población peruana vive allí. La selva representa el 60,3% del territorio nacional y tiene la población más pequeña, es decir, solo el 9,4%. Los tres departamentos más grandes del Perú pertenecen a la selva y tienen una baja densidad de población.

vinculadas por la lengua o dialecto, características sociales y culturales, tenencia y disfrute común del mismo territorio, con asentamiento conjunto o disperso (artículo 7). Por su parte, las "comunidades campesinas" se han definido como un grupo social constituido por campesinos que viven principalmente en la sierra y en la costa. La Ley N° 24656, Ley General de Comunidades Campesinas las reconoce como instituciones democráticas, independientes en cuanto a su organización, en cuanto al trabajo económico, administrativo, comunitario y al uso de la tierra. Esta ley define a las comunidades campesinas como organizaciones de interés público, con existencia legal y personalidad jurídica, integradas por familias que habitan y controlan ciertos territorios, vinculadas por el trabajo comunitario, la ayuda mutua, la gobernanza democrática y el desarrollo de actividades multisectoriales cuyos fines están dirigidos a la plena realización de sus miembros y del país (artículo 2).

Por su parte, la Constitución de 1993 también usa la denominación "comunidades campesinas y nativas"; y, bajo la influencia del paradigma neoliberal, introduce cambios en el tratamiento de la propiedad de las tierras indígenas reconociendo solo su carácter imprescriptible, debilitando su régimen especial de protección (artículo 89)⁵. Finalmente, debe notarse que el Artículo 191 de la Constitución de 1993 también usa, junto con las comunidades campesinas y nativas, el término "pueblos originarios". Esta nueva denominación fue introducida por la reforma constitucional en 2002, a través de la Ley N° 27680, para referir los porcentajes mínimos para la representación política. Es difícil explicar qué motivó la introducción de este nuevo término, ya que las transcripciones del debate parlamentario no contienen referencias. Hasta entonces, todos los textos legislativos solo reconocían la división entre comunidades campesinas y nativas.

Toda esta diversidad de términos ha sido criticada por la Comisión de Expertos de la OIT en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, que declaró que tales denominaciones o características legales son irrelevantes si los grupos étnicos entran en el ámbito del Artículo 1 del Convenio N° 169, que establece el criterio de autoidentificación como fundamental (CEACR, 2009). De hecho, esta opinión ha sido tomada por el Tribunal Constitucional peruano, que argumentó que el factor principal en el reconocimiento de las comunidades campesinas y nativas es la autoidentificación, pero que otros elementos deben tenerse en cuenta para que los pueblos indígenas

5. Sin embargo, la Constitución de 1993 reconoce los derechos colectivos que garantizan la diversidad étnica y cultural de la nación mediante el uso de idiomas propios ante cualquier autoridad pública (artículo 2.19), la promoción de la educación bilingüe e intercultural y el reconocimiento de las lenguas nativas como lenguas oficiales (Artículos 17 y 48); el reconocimiento del pluralismo jurídico (Artículo 149); la creación de una cuota nativa para garantizar la participación política de las comunidades indígenas (Artículo 191); y el reconocimiento del derecho a la autonomía de las comunidades campesinas y nativas en cuanto a su organización económica y administrativa y trabajo comunitario y el uso y libre disposición de sus tierras (artículo 89).

puedan ser legalmente reconocidos como tales. Estos elementos son la existencia de un lenguaje, organización política, creencias religiosas propias, el tiempo que se pasa en un territorio específico y una experiencia de marginación y subyugación (Tribunal Constitucional, 2017).

La nueva regla de identificación bajo la Ley de Consulta Previa

Al atender los términos legales referidos a los pueblos indígenas, el Grupo de Trabajo a cargo de elaborar un borrador de la Ley de Consulta Previa discutió los criterios por los cuales los pueblos indígenas deberían ser identificados⁶. El Grupo de Trabajo, formado por representantes del gobierno peruano y organizaciones indígenas, acordó incluir criterios subjetivos y objetivos. Los representantes indígenas definieron a los pueblos indígenas como “[aquellos que] descienden de las poblaciones que originalmente habitaban lo que hoy constituye el territorio del país, antes de la conquista. Tienen la determinación de preservar, desarrollar y transmitir a futuras generaciones sus territorios ancestrales y su identidad étnica como base de su existencia continuada como pueblo” (Grupo Nacional de Coordinación para el Desarrollo de los Pueblos Amazónicos, 2009). Los representantes estatales propusieron tomar en consideración la definición legal de pueblos indígenas proporcionada por la Ley N° 27811, Ley que establece el régimen de protección de los conocimientos colectivos de los pueblos indígenas vinculados a los recursos biológicos, define a los pueblos indígenas como “[aquellos] que tienen derechos anteriores a la formación del Estado peruano, mantienen una cultura propia, un espacio territorial y se autorreconocen como tales. En éstos se incluye a los pueblos en aislamiento voluntario o no contactados, así como a las comunidades campesinas y nativas. La denominación “indígenas” comprende y puede emplearse como sinónimo de “originarios”, “tradicionales”, “étnicos”, “ancestrales”, “nativos” u otros vocablos” (artículo 2); así como por la Ley N° 28736, Ley para la protección de pueblos indígenas u originarios en situación de aislamiento y en situación de contacto inicial, los define como “aquellos que se autorreconocen como tales, mantienen una cultura propia, se encuentran en posesión de un área de tierra, forman parte del Estado peruano conforme a la Constitución. En estos se incluye a

6. Después de la tragedia en Bagua, el gobierno peruano decidió establecer un Grupo Nacional de Coordinación para el Desarrollo Sostenible de los Pueblos del Amazonas, que tuvo que aclarar los eventos ocurridos durante el conflicto, preparar propuestas alternativas para reemplazar los decretos legislativos, formular un plan integral para desarrollo sostenible para los pueblos indígenas, y presentar una propuesta legislativa para implementar el derecho a la consulta previa. Para lograr sus objetivos, se crearon cuatro grupos de trabajo. El Grupo de Trabajo No. 3 estuvo a cargo de elaborar una propuesta para una Ley de Consulta Previa, en la cual se discutieron los nuevos criterios para identificar a los pueblos indígenas.

los pueblos indígenas en situación de aislamiento o en situación de contacto inicial" (artículo 2). Sin embargo, los representantes indígenas rechazaron las definiciones de las leyes antes mencionadas, ya que fueron adoptadas sin su participación.

La Ley N° 29785, Ley de Consulta Previa desarrolla criterios subjetivos y objetivos para identificar a los pueblos indígenas. El criterio subjetivo es la autoidentificación; y el criterio objetivo, está compuesto por cuatro elementos: (i) descendientes directos de poblaciones originarias del territorio nacional; (2) estilos de vida y lazos espirituales e históricos con el territorio tradicionalmente utilizado u ocupado (Ministerio de Cultura, 2014) (3) instituciones sociales y costumbres propias; y (4) patrones culturales y diferentes formas de vida en comparación con los de otros sectores de la población nacional (Ley N° 29785, Artículo 7). Aunque estos criterios intentaron seguir el Convenio 169 de la OIT, algunas disposiciones permiten asegurar su incompatibilidad con el artículo 1 del mencionado Convenio.

Primero, la Ley de Consulta Previa requiere que los pueblos indígenas cumplan criterios objetivos "y" subjetivos, en lugar de recoger lo establecido en el Convenio N° 169 de la OIT, respecto a que ellos pueden conservar "algunas o todas" de sus propias instituciones sociales, económicas y culturales para ser considerados como tales⁷. Segundo, la Ley de Consulta Previa requiere que los pueblos indígenas demuestren su ascendencia "directa" con las poblaciones que vivían en el territorio; pero el Convenio 169 de la OIT no requiere probar tal conexión. Tercero, la Ley de Consulta Previa incorpora nuevos criterios objetivos, como estilos de vida y vínculos espirituales e históricos, y diferentes formas de vida que no están incluidas en el Convenio 169 de la OIT. Finalmente, la Ley de Consulta Previa no considera la autoidentificación (criterio subjetivo) como "un criterio fundamental", en contraste con el Convenio 169 de la OIT (y la DNUDPI).

7. Esta situación ha sido advertida por los pueblos indígenas durante la elaboración del Reglamento de la Ley de Consulta Previa que finalmente adoptó una posición más flexible, estableciendo que los pueblos pueden ser considerados indígenas si retienen "todos" o "parte de" sus propios derechos instituciones (artículo 3.k) y si se identifican como tales.

Criterios para identificar a los pueblos indígenas: marco internacional y nacional

Criterios de Identificación	Ley de consulta previa (artículo 7)	Convenio no. 169 de la OIT (artículo 1)
Objetivos	a) Descendencia <i>directa</i> de las poblaciones <i>originarias</i> del territorio nacional. b) <i>Estilos de vida y vínculos espirituales e históricos</i> con el territorio que tradicionalmente usan u ocupan. c) Instituciones sociales y costumbres propias. d) Patrones culturales y <i>modo de vida distintos</i> a los de otros sectores de la población nacional.	1. Este Convenio aplica a: (b) a los pueblos en países independientes, considerados indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conservan <i>todas</i> sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o <i>parte de ellas</i> .
Subjectivo	El criterio subjetivo se encuentra relacionado con la conciencia del grupo colectivo de poseer una identidad indígena u <i>originaria</i> .	2. La conciencia de su identidad indígena o tribal deberá considerarse un <i>criterio fundamental</i> para determinar los grupos a los que se aplican las disposiciones del presente Convenio.

Fuente: Elaboración propia.

La Ley de Consulta Previa establece que la entidad encargada de realizar la consulta, es decir, la entidad promotora de la medida, quien también organiza el proceso de consulta, debe identificar a los pueblos indígenas afectados y sus representantes, de acuerdo con el contenido y el alcance territorial de la medida propuesta (artículo 10). Para llevar a cabo la identificación, la entidad debe (i) usar la base de datos de pueblos indígenas (Reglamento de la Ley de Consulta Previa, artículo 8.1) y (ii) aplicar criterios subjetivos y objetivos establecidos en la Ley de Consulta Previa. La base de datos es elaborada y actualizada por el cuerpo técnico especializado en asuntos indígenas, actualmente el Viceministerio de Interculturalidad (Ley de Consulta Previa, artículo 20). El término "actualización" permite inferir que esta base de datos contiene una lista abierta, que puede adaptarse sistemáticamente al incluir nuevos

pueblos indígenas que cumplan con los criterios establecidos por la Ley (Ministerio de Cultura, 2014, p. 21)⁸.

Con el objetivo de desarrollar la base de datos, el Viceministerio de Interculturalidad aprobó la Directiva N° 03-2012/MC. Esta norma incorporó nuevos parámetros de identificación para demostrar la "continuidad histórica" de los pueblos indígenas, como la lengua indígena y la tierra comunal; y establece que los criterios subjetivos complementan los criterios objetivos (International Labour Organization, 2009). Así, el término "complemento" mostraría un cambio para el examen de los criterios de identificación, lo que significa que deben tenerse en cuenta ambos; y en el caso de que uno de los criterios objetivos no esté presente, el examen debe pasar al criterio de autoidentificación, ya que para el Artículo 1 (2) del Convenio N° 169 de la OIT, es un criterio fundamental. Por ejemplo, si un pueblo que no pudo demostrar su descendencia "directa" con las poblaciones que vivían en el territorio, pero se identifica como indígena, entonces debería considerarse como tal.

El Pacto de Unidad, compuesto por las organizaciones indígenas más grandes del Perú, rechazó la aplicación de los criterios objetivos⁹. En tal sentido, exigió al Estado que: (i) amplíe el alcance del derecho de consulta para incluir descendientes que no pueden considerarse como directos; y (ii) no requiera a los pueblos indígenas retener todos los elementos culturales. Este reclamo está relacionado con el reconocimiento como pueblos indígenas de rondas campesinas¹⁰ o cualquier otra organización con personalidad jurídica propia, como las comunidades campesinas (Pacto de Unidad y Coordinadora Nacional de Derechos Humanos, 2013). En opinión del Pacto de Unidad, la entidad a cargo de la identificación tendría que ser más flexible en este caso, ya que la mayoría de estas organizaciones no cumplirían completamente los criterios objetivos de identificación.

8. Los pueblos indígenas serán incluidos sobre la base de información nueva o adicional, que puede provenir de otros organismos u organizaciones de la administración pública que representan a los pueblos indígenas, tal como sucedió en el proceso de consulta sobre el lote petrolero 169. En esa oportunidad, el trabajo de campo de Perupetro S.A. ayudó a identificar - ubicar a los pueblos indígenas que debían participar en este proceso de consulta. Por lo tanto, diferenciaba entre el pueblo ashéninka y el pueblo ashaninka. Esto llevó a 4 pueblos a ser consultados, en lugar de 3, a saber, los asheninka, los ashaninka, los amahuaca y los yaminahua.

9. Estas organizaciones son: Asociación Interétnica de Desarrollo de la Selva Peruana (AIDSEP), Confederación Nacional de Comunidades Afectadas por la Minería (CONACAMI), Organización Nacional de Mujeres Andinas y Amazónicas del Perú (ONAMIAP) y Confederación Nacional Agraria (CAN). Desde enero de 2014, AIDSEP ya no forma parte del Pacto de Unidad.

10. Las rondas campesinas están establecidas en el artículo 149 de la Constitución de 1993, como un órgano de apoyo de las autoridades indígenas para ejercer su competencia jurisdiccional.

Vislumbrando los primeros problemas al aplicar los criterios de identificación

Después de años en vigencia, la Ley de Consulta Previa se ha convertido en un hito para la identificación de los pueblos indígenas en el Perú. Al aplicar sus criterios objetivos y subjetivos, el Viceministerio de Interculturalidad ha podido identificar a 55 pueblos indígenas que actualmente están incluidos en la base de datos. Cuatro de ellos, los quechuas, los uros, los aymaras y los jaqaru, habitan la sierra peruana; el resto se encuentran en la Amazonía.

De acuerdo con el artículo 29 del Reglamento sobre la Ley de Consulta Previa, la base de datos de pueblos indígenas es instrumental y no crea derechos. Es decir, los pueblos indígenas pueden ejercer sus derechos colectivos independientemente de estar o no incluidos en la base de datos (Ministerio de Cultura, p. 2015). Sin embargo, en la práctica, algunos sectores estatales y empresariales han distorsionado el uso de la base de datos, cuya importancia radica en determinar si un grupo es indígena o no y, por lo tanto, si tiene derecho a ser consultado (Organizaciones indígenas del Perú y Coordinadora Nacional de Derechos Humanos, 2015). Por su parte, las organizaciones indígenas criticaron al Ministerio de Cultura por publicar con demora la base de datos y porque las comunidades campesinas no habían sido incluidas, a pesar de ser las más afectadas por las actividades mineras¹¹.

En los primeros años de aplicación de esta Ley, el estado peruano sostuvo firmemente que las comunidades campesinas no cumplían con los criterios para ser consideradas indígenas¹². Fue principalmente el sector de la energía y minas el más preocupado, ya que la base de datos incluiría a pueblos que ocupan territorios en los que se planifican o ya se realizan actividades extractivas¹³. En este sentido, mediante Oficio No. 0249-2014-DP/AMASPPI del 29 de agosto de 2014, señaló que el Ministerio de Energía y Minas había respaldado acuerdos dentro de algunas comunidades campesinas, en los cuales declararon (i) que la actividad minera no afecta su calidad de vida y desarrollo, y (ii) que no se identificaban como pueblos indígenas. La Defensoría del Pueblo también señaló que, para alentar proyectos mineros sin consulta, el Ministerio de Energía y Minas contrató consultores privados para definir si una comunidad era indígena, desestimando la opinión técnica del Ministerio de Cultura y las normas internacionales. Estos consultores concluyeron que las comunidades campesinas no

11. Inicialmente, el Ministerio de Cultura se negó a publicar la base de datos, ya que podría generar falsas expectativas y confusión. Sin embargo, más tarde, tuvo que ceder y hacerlo público, indicando que es un instrumento que se actualiza constantemente.

12. El Comercio (2013) "Gobierno sabe que 14 proyectos mineros requieren consulta". Recuperado de <http://elcomercio.pe/peru/lima/mapa-gobierno-sabe-que-14-proyectos-mineros-requieren-consulta-noticia-1572596>.

13. OjoPúblico (2015) "Entrevista a Ivan Lanegra, Ex Vice Ministro de Interculturalidad". Recuperado de <http://ojo-publico.com/46/como-decide-el-gobierno-quien-es-indigena-y-quien-no>.

eran indígenas, por lo que el Ministerio de Energía y Minas pudo aprobar, sin consulta previa, 25 operaciones mineras¹⁴.

Las acciones del Ministerio de Energía y Minas contradicen abiertamente las observaciones hechas por la CEACR de la OIT, en el sentido que ésta ha señalado que las comunidades campesinas y nativas son similares a los pueblos indígenas, independientemente de sus denominaciones. Como tal, la CEACR sostuvo que están protegidos por el Convenio N° 169 de la OIT. Específicamente, en el caso de las comunidades campesinas, la CEACR consideró que: “[si] las comunidades campesinas cumplen con los requisitos del Artículo 1 (1) del Convenio, deben disfrutar de la plena protección del Convenio, independientemente de las diferencias o similitudes con otras comunidades e independientemente de cómo se llamen” (CEACR, 2009).

Este problema persistió hasta el 2015, cuando el gobierno decidió consultar proyectos mineros a comunidades campesinas¹⁵. Esta primera experiencia y las siguientes resultaron en acuerdos y el temor inicial del gobierno y los representantes de las empresas mineras de que las consultas obstaculicen el flujo de inversiones en el sector minero pareció haber desaparecido, ya que el ejercicio de este derecho había demostrado ya en el sector de hidrocarburos que no era un obstáculo para el desarrollo de proyectos extractivos en el país (Yrigoyen, 2016). Hoy en día, algunas comunidades campesinas son reconocidas como pueblos indígenas y participan en las consultas sobre proyectos mineros, por lo tanto, la discusión parece haber terminado ya que todas estas comunidades han aprobado la realización de proyectos extractivos. Sin embargo, es probable que los argumentos del estado contra la identificación de ciertas comunidades como pueblos indígenas permanezcan cuando se opongan a los proyectos extractivos. Del mismo modo, algunas entidades estatales deciden arbitrariamente quién puede o no ser indígena, evitando aplicar el principio de autoidentificación (Ruiz y Díaz, 2019)¹⁶. Por esta razón, las organizaciones indígenas peruanas han declarado recientemente que, aparte de todas las denominaciones legales, son pueblos originarios y son titulares de su derecho a identificarse como tales¹⁷.

14. Ojo Público (2015) “Los secretos mineros detrás de la lista de comunidades indígenas en el Perú”. Recuperado de <http://ojo-publico.com/77/los-secretos-detras-de-la-lista-de-comunidades-indigenas-del-peru>.

15. La primera consulta sobre un proyecto minero tuvo lugar en agosto de 2015, cuando el Ministerio de Energía y Minas consultó a la comunidad campesina de Parobamba, ubicada en el distrito de Yanatile, provincia de Calca, departamento de Cusco. El Ministerio de Cultura informó que esta comunidad cumplió con los criterios de identificación establecidos en la legislación vigente, tales como: continuidad histórica, conexión territorial, instituciones distintivas y autoidentificación.

16. Por ejemplo, el caso del Sr. Gilmer Yiumachi Díaz, cuya participación en el examen para obtener una beca fue denegada por no acreditar su pertenencia a un pueblo indígena, ya que su comunidad no había sido incluida en la base de datos del Ministerio de Cultura.

17. Pacto de Unidad de las Organizaciones Nacionales Indígenas se pronuncia en el marco del Día

Conclusiones

Dadas las diversas denominaciones sobre pueblos indígenas en la legislación peruana, la Ley de Consulta Previa y su reglamento cierran una etapa de incertidumbre y establecen criterios únicos de identificación, que podrían considerarse positivos si no se aplicaran de manera tan rígida. La Ley de Consulta Previa se ha alejado del criterio subjetivo que se considera fundamental en el derecho internacional. Este hecho, junto al rechazo del Ministerio de Energía y Minas por reconocer a las comunidades campesinas como pueblos indígenas, ha causado la primera fricción (en la etapa de aplicación de la consulta previa) entre las organizaciones indígenas y el estado peruano.

La creación de la base de datos de pueblos indígenas bajo el Viceministerio de Interculturalidad implica, por un lado, que la información actualizada sobre los pueblos indígenas puede aplicarse a la elaboración de políticas públicas interculturales, pero por otro lado también implica incertidumbre para aquellos que, al considerarse indígenas, no están incluidos. En este sentido, todas las entidades estatales deben ser diligentes y corroborar in situ qué pueblos indígenas existen en el área de la medida, evitando consultorías tendenciosas. También se recomienda que, siguiendo el espíritu de las normas internacionales de derechos humanos, cada entidad estatal respete la toma de decisiones internas de cada pueblo. Por lo tanto, si una comunidad declara ser parte de un pueblo indígena, esta decisión debe ser respetada pese a no cumplir con todos los criterios objetivos.

Referencias

- Alarcón, Cristina (2010). El discurso pedagógico fundacional de docentes secundarios. Sobre la transferencia educativa alemana en Chile (1889-1910). Buenos Aires: Flacso.
- African Commission on Human and Peoples' Rights (2007). "Advisory Opinion of the African Commission on Human and Peoples' Rights on the United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples". Accra.
- Anaya, James (2005). "Los pueblos indígenas en el derecho internacional". Madrid: Editorial Trotta.

Internacional de los Pueblos Originarios, 19 de agosto de 2019. Recuperado de https://alertanetiids.lamula.pe/2019/08/19/pacto-unidad-de-las-organizaciones-nacionales-indigenas-se-pronuncian-en-el-marco-del-dia-internacional-de-los-pueblos-originarios/alertanet/?fbclid=IwAR2IXvzdE-KG0gZPkwbBnpfSZremxo_mDPIgd19r57N60etoENpRagtNi_c.

- Anaya, James (2010). "The evolution of the concept of indigenous peoples and its contemporary dimensions". En S. Dersso (ed.) *Perspectives on the rights of minorities and indigenous peoples in Africa* (pp. 23-42). Pretoria: Pretoria University Law Press.
- Ballón Aguirre, Francisco (2004). "Manual del Derecho de los Pueblos Indígenas. Doctrina, principios y normas". Lima: Defensoría del Pueblo.
- Barume, Albert (2010). "Land rights of indigenous peoples in Africa". Copenhagen: IWGIA.
- Comisión Económica para América Latina y el Caribe (2014). "Los pueblos indígenas en América Latina. Avances en el último decenio y retos pendientes para la garantía de sus derechos. Síntesis". Santiago.
- CEACR (2009). Observación, adoptada: 2008, Conferencia Internacional del Trabajo, 98ª sesión.
- Convenio sobre Poblaciones Indígenas y Tribales, Convenio N° 107, adoptado en Ginebra, 40a Conferencia Internacional del Trabajo (26 de junio de 1957), entró en vigor: 02 de junio de 1959.
- Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales, Convenio N° 169, adoptado en Ginebra, 76a Conferencia Internacional del Trabajo (27 de junio de 1989), entró en vigor: 05 de setiembre 1991.
- Convenio sobre el Reclutamiento de Trabajadores Indígenas, Convenio N° 50, adoptado en Ginebra, 20a Sesión Conferencia Internacional del Trabajo (20 de junio de 1936), entró en vigor el 8 de setiembre de 1939. Actualmente derogado.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (24 de agosto de 2010). "Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay", sentencia de fondo, reparaciones y costas.
- Daes, Erika Irene (1996). "Standard – Setting Activities: Evolution of Standards Concerning the Rights of Indigenous People", Naciones Unidas, Doc. E/CN.4/Sub.2/AC.4/1996/2.
- Decreto Ley N° 17716, Diario Oficial El Peruano, Lima, Perú, 24 de junio de 1969.
- Decreto Ley N° 22175, Diario Oficial El Peruano, Lima, Perú, 9 de mayo de 1978.
- Department of Economic and Social Affairs (2009). "State of the World's Indigenous Peoples", Doc. ST/ESA/328, Nueva York: Naciones Unidas.
- Desmet, Ellen (2011). "Indigenous rights entwined with nature conservation". Cambridge: Intersentia.
- Grupo Nacional de Coordinación para el Desarrollo de los Pueblos Amazónicos (2009). "Documento sobre el Derecho a la Consulta". Lima.

Instituto Nacional de Estadística e Informática (2014). “Estado de la población peruana”. Lima.

Instituto Nacional de Estadística e Informática (2018). “Resultados Definitivos de los Censos Nacionales 2017”. Lima.

Instituto Nacional de Estadística e Informática (2018). “Perú: Perfil Sociodemográfico. Informe Nacional, Censos Nacionales 2017: XII de Población, VII de Vivienda y III de Comunidades Indígenas”. Lima.

International Labour Office (1988). “Partial revision of the Indigenous and Tribal Populations Convention, 1957 (No. 107), Report VI (1)”, 75a sesión.

International Labour Organization (2009). “Indigenous and Tribal Peoples' Rights in Practice”. Ginebra.

International Labour Organization (2009). “Indigenous and Tribal Peoples' Rights and Practice. A guide to ILO Convention No. 169”, Ginebra.

Kingsbury, Benedict (1998). ““Indigenous Peoples” in International Law: A Constructivist Approach to the Asian Controversy”. *The American Journal of International Law*, 92(3): 414-457.

Ley N° 27778, Diario Oficial El Peruano, Lima, Perú, 10 de julio de 2002.

Ley N° 24656, Diario Oficial El Peruano, Lima, Perú, 14 de abril de 1987.

Ley N° 28607, Diario Oficial El Peruano, Lima, Perú, 4 de octubre de 2005.

Ley N° 27811, Diario Oficial El Peruano, Lima, Perú, 10 de agosto de 2002.

Ley N° 28736, Diario Oficial El Peruano, Lima, Perú, 18 de mayo de 2006.

Ley N° 29785, Diario Oficial El Peruano, Lima, Perú, 6 de setiembre de 2011.

Ludescher, Mónica (1997). “El Régimen legal de los recursos naturales en el Perú sus consecuencias para los pueblos indígenas de la Amazonía”. En: R. Kuppe y R. Potz (eds.) Vol. 9 (pp. 226-243). Law and Anthropology.

Martínez Cobo, José (1986). “Study of Discrimination against Indigenous Populations”, Naciones Unidas, Doc. E/CN.4/Sub.2/1986/7/Add.4.

Martínez, Miguel Ángel (1999). “Estudio sobre los Tratados, Acuerdos y Otros Arreglos Constructivos entre Estados y Poblaciones Indígenas”, Naciones Unidas, Doc. E/CN.4/Sub.2/1999/20.

Ministerio de Cultura (2014). “Etapas de identificación de pueblos indígenas u originarios. Guía metodológica”. Lima.

Ministerio de Cultura (2014). “La implementación del derecho a la consulta previa en el sector hidrocarburos. La experiencia de los lotes 169 y 195”. Lima.

- Ministerio de Cultura, Ministerio de Cultura pública información sobre pueblos quechuas en Base de Datos de Pueblos Indígenas, Lima, 23 de junio de 2015. Recuperado de <http://www.cultura.gob.pe/es/comunicacion/noticia/ministerio-de-cultura-publica-informacion-sobre-pueblos-quechuas-en-base-de>.
- Organizaciones indígenas del Perú y Coordinadora Nacional de Derechos Humanos (2015). "Informe Alternativo 2015. Sobre el cumplimiento del Convenio 169 de la OIT". Lima.
- Remy, Marisa (2013). "Historia de las comunidades indígenas y campesinas del Perú". Lima: Instituto de Estudios Peruanos.
- Resolución Jefatural N° 167-2013-INEI, Diario Oficial El Peruano, Lima, Perú, 26 de junio de 2013.
- Resolución Ministerial N° 202-2012/MC, Diario Oficial El Peruano, Lima, Perú, 22 de mayo de 2012.
- Sanders, Douglas (1999). "Indigenous peoples: issues of definition". *International Journal of Cultural Property*, 8(1), 4-13.
- Stavenhagen, Rodolfo (1985). "The Indigenous Problematique". En IFDA (ed.), IFDA Dossier, Vol. 50.
- Ruíz Molleda, Juan Carlos y Susy Díaz Gonzáles (2019). ¿Quién decide quiénes son indígenas?, Instituto de Defensa Legal. Recuperado de https://idl.org.pe/quien-decide-quienes-son-los-pueblos-indigenas/?fbclid=IwAR1T9sfNyI-1VR3J6Qa-QrleZdzTRqAxAv8o2LqyJgClfSB_5r1MGkViQfas.
- Tribunal Constitucional (Sentencia) Expediente No. 02765-2014-PA/TC, 6 de junio de 2017, 23 – 24.
- Varesse, Stefano (2006). "Social justice and cultural rights in the Peruvian Amazon". En: *International Work Group for Indigenous Affairs, Witness to sovereignty. Essays on the Indian movement in Latin America* (pp. 60-79). Copenhagen.
- Yrigoyen, Marina (2016). "Consulta previa en minería: algunos rasgos de la mirada empresarial". En K. Vargas, *La implementación del derecho a la consulta previa en Perú. Aportes para el análisis y la garantía de los derechos colectivos de los pueblos indígenas* (pp. 191-204). Lima: Deutsche Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit.

Sobre la autora

AMELIA ALVA-ARÉVALO es Doctora en Derecho por la Universidad de Gante (Bélgica), Master en Estudios Latinoamericanos por la Universidad de Salamanca (España) y abogada por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (Perú). He sido coordinadora de la Cátedra Indigenista José María Arguedas del Instituto de Iberoamérica de la Universidad de Salamanca (2009-2011); investigadora doctoral del Centro de Derechos Humanos de la Universidad de Gante (2012-2018). Co-fundadora de la Red Multidisciplinar de Pueblos Indígenas-RedEMPI (2010). Actualmente soy investigadora Postdoctoral Asociada al Centro de Derechos Humanos de la Universidad de Gante y docente en la facultad de Derecho de la Universidad Antonio Ruíz de Montoya (Perú). Correo electrónico: amelialva@gmail.com

CUHSO

Fundada en 1984, la revista CUHSO es una de las publicaciones periódicas más antiguas en ciencias sociales y humanidades del sur de Chile. Con una periodicidad semestral, recibe todo el año trabajos inéditos de las distintas disciplinas de las ciencias sociales y las humanidades especializadas en el estudio y comprensión de la diversidad sociocultural, especialmente de las sociedades latinoamericanas y sus tensiones producto de la herencia colonial, la modernidad y la globalización. En este sentido, la revista valora tanto el rigor como la pluralidad teórica, epistemológica y metodológica de los trabajos.

EDITOR
Matthias Gloël

COORDINADORA EDITORIAL
Claudia Campos Letelier

CORRECTOR DE ESTILO Y DISEÑADOR
Ediciones Silsag

TRADUCTOR, CORRECTOR LENGUA INGLESA
Aurora Sambolin Santiago

SITIO WEB
cuhso.uct.cl

E-MAIL
cuhso@uct.cl

LICENCIA DE ESTE ARTÍCULO
Creative Commons Atribución Compartir Igual 4.0 Internacional